



REVISTA INTERCAMBIOS nro. 18
de la Especialización en Derecho Penal
AÑO 2019 MES Agosto
ISSN en trámite

LA PROBLEMÁTICA DE LOS ABUSOS SEXUALES: UN MIRADA ANTROPOLÓGICA Y EL ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO A TRAVÉS DE UN CASO REAL

“EL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LOS NIÑOS/AS MENORES DE TRECE AÑOS”

por Hernández Santiago

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se va a analizar, desde una perspectiva interdisciplinaria, la presunción absoluta ¹ dispuesta en el artículo 119 del Código Penal Argentino respecto de la invalidez del consentimiento de las personas menores de trece años, a la hora de llevar adelante prácticas sexuales.

PALABRAS CLAVE

Presunción absoluta/relativa - consentimiento valido – menores de trece años – desarrollo de la sexualidad - libertad sexual.

ABSTRACT

In this research will be analyzed, from an interdisciplinary perspective, the absolute presumption, found in the 119 article of the Argentine Penal Code, regard to the invalidity of the consent of persons under thirteen years old at the moment of carryng sexual practices.

INTRODUCCIÓN

El objeto de esta investigación será realizar un análisis crítico acerca de la absolutez de la presunción establecida en el artículo 119 del Código Penal Argentino. De acuerdo con el mismo:

ARTICULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. (...)

Dicha presunción dispone que las personas menores de trece años no pueden prestar un consentimiento válido² a la hora de llevar adelante una práctica sexual. De ello resulta que, siempre que un niño/a -de dicha edad- lleve adelante este tipo de prácticas con un tercero, este último estaría cometiendo el delito de “abuso sexual”. En este sentido, bastaría para determinar que hay abuso con solo acreditar la existencia del acto sexual entre ambas personas, siendo una de ellas menor de trece años; sin analizar, en ningún caso, si dicha relación fue consentida.

Si consideramos, como lo hace Riva (2012), que “quizá la razón por la que este problema del consentimiento resulta tan conflictivo en el ámbito judicial tenga que ver con que no existe una medida única, una especie de regla universalmente válida y eterna que pueda definir cuándo se ha dado o no, sin que exista el menor lugar a dudas (...)”, (Riva; 2012) es que podemos afirmar la relevancia de un análisis como el que proponemos aquí. El mismo, será llevado a cabo desde una perspectiva interdisciplinaria, utilizando conceptos propios de las Ciencias Jurídicas y de la Psicología. Con respecto a las Ciencias Jurídicas se traerá a colación la forma en la que distintos juristas han analizado la figura dispuesta en el artículo 119 del Código Penal Argentino, específicamente en lo que tiene que

ver con las víctimas menores de trece años. Se le dará especial interés a lo expresado por Jorge Eduardo Buompadre en el código penal comentado de la revista Pensamiento Penal. Y, con respecto a la Psicología, se retomará la discusión entre el enfoque nominalista y el enfoque estructuralista, analizado por Jacques-Alain Miller (1998) en el Ruiseñor de Lacan. Dicha discusión nos permitirá poner en cuestionamiento la pertinencia de elaborar categorías o clases universales que permitan englobar bajo su rótulo grupos de personas o situaciones –tal como plantea la postura estructuralista– en pos de un análisis que se detenga en indagar las particularidades de los casos o situaciones en cuestión –tal como establece la postura nominalista–.

Como principal hipótesis del trabajo consideraré que la edad cronológica de una persona no basta para determinar, de manera absoluta, si ésta está o no en condiciones de consentir válidamente un acto sexual. El objetivo de la investigación será tratar de demostrar que la presunción establecida en el artículo 119 del Código Penal Argentino debe ser relativa³ y, por lo tanto, admitir prueba en contrario.

En función de lo dicho hasta el momento, considero que la importancia del tema elegido radica en que, cuando hablamos de delitos sexuales, el consentimiento es justamente lo que marca la diferencia entre un acto realizado dentro del ámbito de autodeterminación de cada persona, en ejercicio del derecho a la libertad sexual, y la existencia de una conducta delictiva.

En cuanto a los disparadores que dieron lugar a la elección del tema propuesto, se encuentran una serie de interrogantes, referidos al mismo, que fueron planteados durante el seminario al momento de analizar la figura del abuso sexual, los cuales me despertaron especial interés. Y sobre todo, como resalté en el párrafo anterior, la gran importancia que tiene el mismo a la hora de determinar si existió abuso sexual o no.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el presente apartado abordaré una serie de autores cuyas indagaciones constituyen antecedentes fundamentales a la propuesta que buscamos desarrollar en el presente trabajo.

En primer lugar, encontramos autores como D'Alessio (2014), Fontán Balestra y Ledesma Guillermo (2002) y Donna Edgardo Alberto (2005), quienes analizan el artículo 119 del código penal argentino. Allí, simplemente toman la edad de la víctima menor de trece años como un elemento más dentro de la tipicidad objetiva de los abusos sexuales. Se limitan a decir que dicho artículo establece una presunción *iuris et de iure* a partir de la cual los niños/as que no han alcanzado los trece años de edad no pueden, en ningún caso, consentir válidamente un acto sexual. El fundamento de dicha privación está en la falta de comprensión, que el legislador presume, respecto del significado de dichos actos y en la afectación al normal desarrollo de la sexualidad que se produciría si se permitiera el consentimiento.

Es así que, estos autores en ningún momento realizan un análisis crítico de dicha presunción en relación a si es o no correcto que la misma sea de carácter absoluto. Tampoco se plantean la posibilidad de que una persona menor de trece años pueda consentir válidamente la realización de actos sexuales. Se limitan, como es propio de un análisis eminentemente jurídico, a analizar la estructura típica del delito "abuso sexual", y dentro de la misma, a la edad de la víctima como un elemento más.

En segundo lugar, considero que resulta sumamente interesante y útil a los fines que me propongo, hacer referencia al análisis realizado por Jorge Buompadre al comentar el artículo 119 del Código Penal Argentino en el código comentado de la revista "Pensamiento Penal". En dicho comentario, el autor define al bien jurídico protegido *libertad sexual* -propio de los abusos sexuales contra personas

mayores de trece años- como el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo con su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales.

Asimismo considera, al igual que la doctrina mayoritaria, que cuando se trata de menores de trece años el bien jurídico protegido no es la libertad sexual sino más bien el desarrollo potencial del niño/a, es decir su futuro desarrollo personal en el ámbito de la sexualidad.

Al igual que en las obras anteriormente analizadas, Buompadre refiere a la presunción absoluta establecida por el legislador respecto de la invalidez del consentimiento de las personas de dicha edad, expresando que la ley le niega al menor de trece años la capacidad para comprender el significado sociocultural del acto. En este sentido, apegándonos al texto legal, basta con probar la edad de la presunta víctima, y si esta es menor de trece años se tendría por comprobado el abuso.

No obstante, es aquí donde el autor se separa de la doctrina mayoritaria y se manifiesta de manera contraria a lo anteriormente dicho, en tanto considera que no basta con que se acredite la edad de la presunta víctima, sino que se requiere de la presencia de un elemento más. Este elemento es “el abuso”, el cual se produce cuando el sujeto activo se ha aprovechado de las limitaciones cognitivas y volitivas de la víctima para obtener de ella su consentimiento e involucrarla en un contexto sexual determinado.

Por último, señala que si el legislador ha reconocido el derecho a ejercer la sexualidad libremente, en caso de no mediar abuso, el consentimiento del menor debe ser válido. En este sentido, si la libertad sexual comporta una manifestación concreta de un bien jurídico más general como lo es la libertad individual, resulta obligado concluir que los menores de trece años son titulares del derecho a la libertad; lo contrario implicaría reconocer la existencia de personas sin derechos, algo que no parece concebible en el estado actual de nuestro derecho.

En tercer lugar, otro análisis fundamental a considerar es el que realiza Francisco Broglia en su trabajo “Sexualidad, cultura y derecho penal. Análisis de tres tipos inconstitucionales en la ley argentina.” En él, Broglia analiza, desde el Derecho Constitucional, tres figuras contempladas en el Código penal argentino como lo son: el abuso sexual de una persona menor de trece años; la corrupción de menores de dieciocho años; y el aborto eugenésico. No obstante, en función del objetivo propuesto, retomaré aquellas ideas que refieren a una de dichas figuras: el abuso sexual de las personas menores de trece años.

El autor nos propone imaginarnos una situación en la que dos jóvenes, uno de doce años y otro de dieciséis años mantienen un vínculo sentimental de pareja y, como consecuencia, protagonizan relaciones sexuales deseadas, promovidas y consentidas por ambos. En relación con esto, se pregunta si estamos en presencia de un delito; y, acto seguido, responde que si tomamos la postura de la doctrina dominante, deberíamos concluir afirmativamente, dado que ésta entiende que toda actividad sexual con una persona que esté por debajo de los trece años se presume, sin admitir prueba en contrario, que fue realizada sin su consentimiento. Dicha postura le parece irracional a Broglia, ya que se estarían prohibiendo las relaciones sexuales consentidas entre jóvenes. Siendo esta interpretación de la ley, violatoria de la Constitución y los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional.

En este sentido, sostiene que tener relaciones sexuales libremente y poder disfrutarlas, es un derecho humano básico; no siendo admisible ninguna injerencia en esa esfera de la vida privada. Si las partes en el acto sexual brindan su consentimiento válido, nadie puede objetar la decisión, ya que la misma ingresa dentro de la esfera de privacidad de cada individuo (artículo 19 de la Constitución Nacional). Es así que, si hay consentimiento no hay afectación al bien jurídico libertad sexual.

Asimismo, Broglia plantea que las presunciones absolutas (*iuris et de iure*) en el derecho penal, resultan inconstitucionales por la aplicación de los principios de inocencia y su derivación, de *onus probandi*, según los cuales es la parte acusadora la que debe probar la culpa del imputado y no a la inversa.

Por otra parte, el autor también considera que la interpretación mayoritaria, antes mencionada, viola el principio de igualdad. Esto se debe a que una persona de doce años, once meses y veintinueve días no puede, en ningún caso, mantener relaciones sexuales válidas ya que ello implicaría que la persona con la que las comparta cometa un delito. Por el contrario uno de trece años podría perfectamente consentir tales relaciones. En relación con ello concluye que, si el menor de trece años puede comprender perfectamente el acto que realiza y ha prestado su consentimiento válido para la relación sexual, no puede considerarse delito. En este sentido, la presunción que establece la ley, consecuentemente, es relativa (admite prueba en contrario) por lo que el imputado, en el caso concreto, puede demostrar la existencia de consentimiento válido en la víctima menor de edad.

Por último, cabe mencionar los trabajos que realiza Betina C. Riva, quién se propone indagar cuestiones vinculadas al tratamiento de la cuestión del consentimiento sexual en el ámbito judicial. Tal es el caso de sus artículos “El sí de los niños. Algunas aproximaciones al problema del consentimiento sexual en el ámbito jurídico bonaerense entre 1850 y 1890” y “Problemas en torno al consentimiento sexual en el tratamiento judicial de los delitos sexuales, Buenos Aires, 1866-1921” Si bien, como se expresa en el título de ambos artículos, la autora aborda su análisis en un ámbito específico, para períodos determinados, algunas de las ideas que propone, constituyen un antecedente de lo que me propongo analizar aquí.

Su análisis se centra en indagar la cuestión de la comprensión del consentimiento sexual en un nivel social y jurídico, puntualizando en las discusiones que surgen entorno del mismo en un conjunto de expedientes judiciales correspondientes a delitos sexuales cuyas víctimas son hombres y mujeres menores de edad. Allí, la autora plantea las dificultades que conlleva a nivel el ámbito judicial el tratamiento del problema del consentimiento, en tanto “se sitúa en el cruce tanto de saberes médico-legales y psico-sexuales como de cuestiones culturalmente aceptadas, y en el punto mismo donde lo público y lo privado se confunden”. (Betina C. Riva, año 1).

En este sentido, lo que se busca destacar es la problemática que resulta la cuestión de determinar “qué es, cómo se otorga y cuándo puede hablarse de un efectivo consentimiento” (Betina C. Riva (año; 1). Y para ello la autora analiza una multiplicidad de dimensiones tales como: el límite jurídico establecido como edad del consentimiento, los distintos tipos de crímenes sexuales, el modo en que el consentimiento se construye como figura jurídica y las estrategias que se vinculan a este problema y que son utilizadas en los procesos de defensa como de acusación, entre otros.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE LA PSICOLOGÍA

Como mencioné en la introducción, este trabajo es llevado adelante desde una perspectiva interdisciplinaria, que busca traer a colación conceptos y discusiones que surgen en el ámbito de la psicología, en pos de ponerlos a dialogar con una problemática que en este caso es tomada desde el ámbito de las Ciencias Jurídicas, como lo es la cuestión del consentimiento sexual por parte de los menores de trece años de edad.

Como elementos disparadores del siguiente análisis, surgen una serie de interrogantes tales como: ¿es adecuado presumir que todos los niños/as menores de trece años no pueden prestar un consentimiento válido a la hora de realizar una práctica sexual? ¿No estamos creando una categoría

(personas que no pueden consentir válidamente actos sexuales) que desconoce las diferencias existentes entre los individuos que la componen? ¿No sería importante poder analizar en profundidad si, en el caso particular, la persona puede prestar ese consentimiento?

Es así que, para dar respuesta a los mismos, propongo retomar la discusión planteada por Jacques-Alain Miller (1998) en el Ruseñor de Lacan, respecto de la escuela estructuralista y la escuela nominalista. En dicho texto podemos observar dos formas o momentos a partir de los cuales un psicólogo puede analizar a un paciente: un momento *nominalista*, donde lo que importa es la singularidad del paciente, y en función de ello, no se lo compara con nadie; y un segundo momento, *estructuralista*, donde se recurre a una serie de síntomas, clases, y/o estructuras preestablecidas en función de determinar a cuál de ellas, dadas sus características, pertenece el paciente en cuestión.

De acuerdo con estas ideas, lo que se plantea en el texto es que, al momento de utilizar estas clases, debemos entender que lo universal de las mismas nunca está completamente presente en el individuo. Y es dicho déficit de toda clase universal en el individuo, el rasgo que convierte al mismo en sujeto, en tanto nunca representa un ejemplar perfecto de la clase. Es por ello que al utilizarlas debemos tener presente su carácter artificial/construido para no aplastar al sujeto particular. En este sentido se sostiene que, no basta con identificar los tipos de síntomas que tiene una paciente para poder explicarlo, sino que se requiere del análisis de todas aquellas particularidades que hacen a esa persona un individuo.

¿Cómo utilizar estas ideas para pensar la presunción presente en el artículo 119?

Tal como lo adelanta el subtítulo del presente apartado, lo que me interesa pensar es cómo es posible aplicar estas ideas para analizar lo que ocurre con la actual presunción del artículo 119. En este

sentido, me es posible considerar que en función de lo establecido por la misma, se está agrupando a todos los niños/a menores de trece años en una categoría. Esta categoría es la de “personas que no pueden consentir válidamente una práctica sexual”. Y a esto se añade que, al tratarse de una presunción *iuris et de iure*, inmediatamente se establece que una persona menor de trece años forma parte de dicha categoría. De este modo, se elimina la posibilidad de poder llevar a cabo un análisis del tipo nominalista, donde lo importante reside en indagar en la singularidad de esa persona, en pos de dar cuenta de todas aquellas particularidades que la caracterizan y que la hacen distinta de todos los demás sujetos que conforman la clase. Es este sentido que considero que, se está olvidando el déficit de las clases universales y su carácter artificial, llevando al aplastamiento del sujeto.

Si bien entiendo que esta categoría es necesaria a los fines del derecho, que busca poder dar cierta protección al normal desarrollo de la sexualidad de la persona, lo que se está buscando en este trabajo es poner en cuestionamiento que se presuma, como verdad absoluta, que un niño/a menor de trece años, en ningún caso, puede comprender el significado de una práctica sexual y, por lo tanto, consentirla válidamente.

Como solución a dicha cuestión entiendo que la presunción absoluta dispuesta en el artículo 119 del Código Penal Argentino debería ser relativa. Es en esta instancia donde puede verse la importancia del enfoque nominalista, al que he hecho referencia anteriormente, que permitiría analizar en cada caso en particular si esa persona, única y distinta de cualquier otra dentro la categoría, pudo o no consentir válidamente una práctica sexual.

Controversias en torno a la presunción “iuris et de iure”

Tal como hemos podido ver a partir de la bibliografía recabada, existen distintos conflictos en torno a la absolutez de la presunción establecida en el artículo 119 del código penal argentino. se considera que al no admitir la posibilidad de que un niño/a de trece años preste su consentimiento valido a la hora de llevar adelante una práctica sexual, se lo está privando de ejercer un derecho básico, como es la libertad sexual. Esta libertad es la que los autores entienden como la que permite la autodeterminación del sujeto a la hora de elegir como, cuando sí, cuando no, con quien sí, con quien no, llevar adelante prácticas sexuales.

De acuerdo con dicha presunción, el fundamento de tal privación es la protección al normal o potencial desarrollo de la sexualidad de las personas que no han alcanzado los trece años de edad. Es por ello que al no reconocer la posibilidad de que presten consentimiento válido, se busca evitar que terceras personas obtengan la conformidad de un niño/a de dicha edad para llevar adelante prácticas sexuales y de esta manera poder llegar a afectar ese desarrollo.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿porque se vería afectado el normal desarrollo de la sexualidad al llevar adelante este tipo de prácticas de manera voluntaria, deseada, consentida? De acuerdo con los fundamentos dados por la doctrina mayoritaria, esto se debe a que se considera al menor como incapaz de comprender el significado sociocultural, dice Buompadre (2016), de las relaciones sexuales; y en función de ello, se le niega dicha posibilidad.

No obstante, lo que se deriva de esto es si podemos asegurar que esta es una regla absoluta; es decir: ¿es correcto igualar a todas las personas menores de trece años considerando que por poseer únicamente esta característica no pueden, en modo alguno, dar consentimiento a la hora de llevar adelante una práctica sexual, comprendiendo su significado?

Aquí es donde, desde mi punto de vista, se torna importante resaltar la discusión sobre el nominalismo y el estructuralismo, a la que hacíamos referencia anteriormente. No debemos olvidar que las clases o categorías no son absolutas, ya que los individuos que las conforman no son nunca un ejemplar perfecto de las mismas; pero si son, de algún modo, necesarias. Debemos utilizarlas reconociendo este déficit. Y la mejor manera de hacerlo, entiendo yo, es dejar abierta la posibilidad de transcurrir el momento nominalista, analizando al sujeto sin compararlo con los demás miembros de la clase y así poder determinar cuáles son las particularidades que lo caracterizan. En este sentido, debemos permitir que en cada caso se analice si ese niño/a menor de trece años, pudo o no comprender de manera acabada el significado del acto sexual que llevo adelante y de esta forma poder determinar si su consentimiento, en caso de existir, fue valido o no.

A su vez Buompadre (2016) resalta la existencia de otro problema, la figura del abuso sexual tiene como uno de sus elementos al verbo típico “abusare”. Es por ello que debemos permitirnos analizar si existió o no una conducta abusiva, si se instrumentalizo al menor de trece años aprovechándose de sus limitaciones cognoscitivas para obtener su consentimiento. De lo contrario la relación sexual es atípica, ya que es realizada dentro del ámbito de autodeterminación del sujeto. Otra vez aparece la importancia de atravesar el momento nominalista.

CONCLUSIONES FINALES

Luego de haber realizado el recorrido que implicó la realización del presente trabajo, me es posible concluir que es acertado el establecimiento, a los fines del derecho, de una presunción acerca de la invalidez del consentimiento de las personas menores de cierta edad. Ello a fin de buscar proteger el

desarrollo de su sexualidad, desalentando, en cierta medida, a terceros que busquen aprovecharse de la vulnerabilidad de un niño/a a la hora de brindar su consentimiento para llevar a cabo un acto sexual.

No obstante, considero que el carácter absoluto de la presunción, crea una clase o categoría que desconoce las particularidades de cada persona. No debemos olvidar que no es posible crear clases o categorías absolutas/universales cuando lo que se trata de agrupar son personas, ya que ninguno de los sujetos que conformará dichas categorías resultará ser un ejemplar perfecto de las mismas.

Por otra parte, la absolutez de la presunción priva a quienes quedan comprendidos en ella de la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad sexual. Derecho que el legislador ha reconocido, y que resulta ser una manifestación de un derecho más amplio como es de la libertad individual.

Considero que lo más apegado a la realidad sería establecer una presunción iuris tantum. De esta forma se lograría encontrar un equilibrio entre la voluntad protectora que el legislador ha tenido respecto del desarrollo de la sexualidad de los menores de trece años y el derecho que estos tienen a ejercer la libertad sexual. El carácter relativo de la presunción nos permitiría analizar en cada caso en particular si esa persona pudo o no comprender el significado del acto que realizaba y, consecuentemente, si estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido. Esto nos permitiría transitar el momento nominalista, donde lo importante es el sujeto y las particularidades que lo definen.

BIBLIOGRAFÍA

- Buompadre, Jorge Eduardo (2016) Abusos sexuales, revista “pensamiento penal”. Consultado en: “<http://www.pensamientopenal.com.ar/autores/jorge-buompadre>”
- Buompadre, Jorge Eduardo (2012) Manual de derecho penal parte especial, editorial Astrea, Bs As.
- D’ alessio (2014) Código penal comentado y anotado. Editorial La Ley.
- Riva, Betina Clara (2015). Problemas en torno al consentimiento sexual en el tratamiento judicial de los delitos sexuales, Bs. As. 1866 – 1921.
- Riva, Betina Clara (2012). El sí de los niños. Algunas aproximaciones al problema del consentimiento sexual en el ámbito jurídico bonaerense entre 1850 y 1890.
- Jacques, Alain Miller (2001) El ruseñor de Lacan. En AAVV: Del Edipo a la sexuación. Buenos Aires
- Gaiton, Araceli (2015) Trabajo Practico n° 2. Seminario – Clínica de la psicosis en la infancia (no publicado).
- Broglia, Francisco. Sexualidad, cultura y derecho penal. Análisis de tres tipos inconstitucionales en la ley argentina. Consultado en: “<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/03/doctrina27801.pdf>”.
- Donna, Edgardo Alberto (2011) Derecho penal parte especial, tomo I, cuarta edición actualizada y reestructurada. Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.
- Balestra, Carlos Fontán (2008) Derecho penal parte especial, actualizado por Ledesma, Guillermo A. C. Editorial Abeledo Perrot, Bs As.

1 El diccionario de la real academia española define a la presunción como un "Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado". Dicha presunción será de carácter absoluto o iuris et de iure cuando no admita prueba en contrario.

2 Se entenderá, en el presente trabajo, por consentimiento valido a aquel que sea prestado por quien ha podido comprender el significado del acto que se está consintiendo.

3 La presunción relativa o iuris tantum es aquella que puede ser desvirtuada mediante la presentación de prueba.